

8. Libertad	Titulo
Borrero García, Camilo - Autor/a;	Autor(es)
Derechos humanos : ideas y dilemas para animar su comprensión	En:
Bogotá	Lugar
CINEP, Fundacion Centro de Investigacion y Educacion Popular	Editorial/Editor
2006	Fecha
	Colección
Jurisprudencia; Desarrollo de la personalidad; Medios de enseñanza; Pedagogía; Derechos humanos; Libertad; Valores sociales; Estado; Colombia;	Temas
Capítulo de Libro	Tipo de documento
http://bibliotecavirtual.clacso.org.ar/Colombia/cinep/20121130015957/cap8.pdf	URL
Reconocimiento-No comercial-Sin obras derivadas 2.0 Genérica http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.0/deed.es	Licencia

Segui buscando en la Red de Bibliotecas Virtuales de CLACSO

<http://biblioteca.clacso.edu.ar>

Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales (CLACSO)

Conselho Latino-americano de Ciências Sociais (CLACSO)

Latin American Council of Social Sciences (CLACSO)

www.clacso.edu.ar



Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales
Conselho Latino-americano de Ciências Sociais
Latin American Council of Social Sciences



8

Libertad



Autor: Miltón Díaz Guillermo. Exposición: "Colombia Imágenes y Realidades". Fundación Dos Mundos-OACNUDH

OBJETIVOS

- Estudiar la pertinencia de una posible cláusula general de derecho a la libertad.
- Reflexionar sobre los contornos del derecho al libre desarrollo de la personalidad.

PLANTEANDO EL PROBLEMA

Con los derechos de igualdad y dignidad, los de libertad conforman la triada central de derechos y garantías ciudadanas.

Esta aseveración es aún más capital a la hora de contemplar las relaciones entre la población en general y el Estado. Especialmente, por cuanto buena parte de estos derechos tratan precisamente de proteger a las personas contra el ejercicio de un poder omnímodo o arbitrario.

La estructura general de estas garantías de libertad buscan desarrollar dos principios centrales: que los individuos puedan escoger libremente su ideal de vida buena, sin que éste les sea impuesto por la autoridad, y que las prohibiciones a la acción en sociedad estén estrictamente delimitadas y se justifiquen en razones de interés general.

UN DILEMA PROPICIADOR

Un joven de 16 años, criado en un hogar de influencia religiosa católica, decide autónomamente abandonar este credo y entrar al de los Testigos de Jehová. Sus padres no comparten esta decisión, pues les parece que su hijo está sufriendo un proceso de *lavado de cerebro*, aun cuando los comportamientos sociales del joven no lindan para nada con lo ilícito, y por el contrario ha aumentado su preocupación por actuar a favor de los pobres y necesitados del país.

El joven enferma de una rodilla, por una flebitis complicada, que le intentan sanar en un hospital público, sin éxito inicial. Conforme al dictamen de la junta médica, lo más pertinente es proceder a hacerle una operación, para lo cual requieren los respectivos permisos del muchacho y su familia. De lo contrario, la inflamación puede poner en riesgo el miembro afectado, obligando a procedimientos más drásticos como la inmovilización total o hasta la amputación.

En esos momentos, los padres se enteran de que su hijo se niega a permitir dicha operación quirúrgica, pues encierra el riesgo de transfusión de sangre, práctica contra la cual se pronuncia su religión. Intentan convencer a los médicos para que le practiquen la cirugía, invocando su juramento hipocrático y su compromiso social, pero ellos se niegan hasta tanto no se pronuncie una autoridad competente.

Cada uno de los grupos es la autoridad competente. Y le corresponde, en consecuencia, pronunciarse sobre los derechos y obligaciones en discusión y determinar si procede o no la intervención quirúrgica.

El joven insiste en su libre desarrollo de la personalidad, que incluye la garantía de no interferir con sus decisiones religiosas más íntimas. Los padres aducen la obligación de velar por los derechos a la salud de su hijo, menor de edad y bajo su custodia. Una parte de los médicos considera que es efectivamente su compromiso social actuar aún en contra de la voluntad del paciente, para preservar su salud futura. Otra parte, por el contrario, insiste en que no es su obligación imponer un modelo de sanidad que puede ir en contra de las convicciones íntimas de los pacientes.

REITERANDO LA CONSIGNA

Se busca un ejercicio de ponderación por parte de los grupos. En este sentido, el facilitador debe insistir en que se consideren todos los puntos de vista involucrados (el del joven, sus padres y los médicos), se considere su sustrato o base en términos de derechos, deberes y garantías, y se construya una respuesta compleja.

Lo que significa, sobre todo, que no basta con decir si procede o no la operación. Es requisito necesario involucrar consideraciones justificatorias, y ellas deben referirse explícitamente al libre desarrollo de la personalidad, al deber de formación de los hijos, al deber de los profesionales de la medicina y al deber del Estado en tanto garante de la salud pública. Adicionalmente, es necesario advertir que esta decisión podrá servir de fundamento para otros casos similares.

EL SENTIDO DEL DEBATE

Parte del debate seguramente estará vinculado con los alcances de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad. Es común establecer diferenciaciones, en este punto, entre lo que sería libertad y lo que sería libertinaje. O acotaciones a favor de la libertad responsable. En últimas, exposiciones que intentan llamar la atención sobre el contenido ético de la libertad.

Si bien el facilitador debe alentar esta reflexión, que supone una elaboración necesaria para la construcción de ciudadanos activos, puede ir más lejos. En especial, en lo que significa el debate en torno a los ideales de vida buena, o vida que vale la pena vivir.

Uno de los primados del liberalismo, sobre el cual se construye buena parte de la argumentación política de derechos, es que es el individuo quien debe decidir y construir este ideal. Y, en contra partida, se espera del Estado una actitud garantista: no debe proteger o privilegiar unos modelos de desarrollo vital o humanístico sobre otros, sino que debe ofrecer iguales garantías para su desarrollo desde una posición de neutralidad axiológica o valorativa.

Parte de esta neutralidad se basa, precisamente, en la poca probabilidad de desarrollo que tendrían algunos modelos de vida que no gozan del favor de las mayorías, y que eventualmente pueden incluso ser tachados de irresponsables, inmorales o hasta depravados.

Piénsese, a manera de ejemplo, en la homosexualidad. Especialmente, la de aquellos que optan abiertamente por ella como su modelo de vida buena. Si el tema se sometiera al escrutinio de mayorías, seguramente sería rechazado y se consideraría a quienes hacen propaganda de este modelo como pervertidos, depravados o desfachatados. Y no sobran ejemplos recientes en que el Estado, asumiendo la defensa de un determinado ideal de vida buena, margina o prohíbe explícitamente estas expresiones de desarrollo de la personalidad, llegando incluso a detener a los homosexuales por el mero hecho de serlo.

Aunque se trata de un ejemplo que puede considerarse como extremo, en realidad la vida social está plagada de casos similares. Buena parte de los reclamos ante los jóvenes se originan en su resistencia a adoptar los modelos de socialización que les ofrece el medio, lo que los ubica en el campo de lo raro, lo incomprensible, lo light, lo poco comprometido, etc. Algunos modelos regionales de vida buena son controvertidos por naturales de otras regiones, al considerar que invitan a la molicie, la pereza o hasta el desenfreno sexual. Y así podríamos multiplicar los ejemplos.

El ejercicio nos confronta a uno de estos ámbitos: el de la diferencia religiosa. Con bastante recurrencia, las mayorías de creyentes asumen que su fe es casi natural, evidente, hasta científica. Y la de las minorías es rara, fanática, esotérica. En este caso, la urgencia de la operación, sumada a los deberes del Estado y de los padres, nos llevan al balanceo o contrapeso: ¿se puede obligar a seguir modelo de sanidad que sea contrario a las creencias religiosas, bajo la convicción de que es el que debe proteger la esfera pública?

Luego, en la práctica, el tallerista puede promover diversas discusiones complementarias: ¿Debe o puede el Estado obligarnos a ser sanos? ¿Podemos optar, como modelo de vida buena, como desarrollo de la libertad, por un modelo de vida enfermizo? ¿El concepto de lo sano es el que se representan las mayorías, o los médicos, o los especialistas?

Finalmente, el evento de estar ante un menor de edad nos permite compensar el alcance de la cláusula de libre desarrollo de la personalidad. Sobre todo, por cuanto se supone que durante esta época de la vida la personalidad está precisamente en formación. Y que existen agentes sociales con responsabilidades específicas en di-

cho proceso, que involucran desde la familia al Estado, pasando por las instituciones escolares.

Por lo tanto, es necesario preguntarse si la decisión sería la misma tratándose de un adulto. Y, en caso de que no lo sea, cómo dotar de contenido a esta cláusula o mandato de libre desarrollo de la personalidad, teniendo en cuenta que no hay derechos absolutos, pero tampoco pueden éstos limitarse tanto que impidan su ejercicio.

NOTAS PARA EL CIERRE

El tallerista debe ser consciente que éste representa uno de aquellos casos que en derecho se llaman difíciles. Los casos difíciles no tienen, por lo general, una respuesta correcta. Evidencian, más bien, cómo ante determinadas situaciones sociales nuestros valores previos y nuestros prejuicios terminan siendo determinantes para las decisiones que adoptamos.

Por lo tanto, el verdadero ejercicio es probar nuestra capacidad de desprendernos de nuestros propios esquemas mentales, de nuestros estereotipos, y analizar la situación con ojos nuevos, desde nuestra percepción de los distintos intereses involucrados. Como se dice en la teoría de resolución de conflictos, ensayando respuestas novedosas después de ponerse en los zapatos del otro.

LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En los párrafos siguientes se presentará la dogmática que ha desarrollado la Corte Constitucional en los casos de hermafroditismo y transfusión de sangre. Estos han constituido unos de los casos más difíciles que ha enfrentado el tribunal constitucional, debido a la complejidad de los derechos en pugna, además de estar comprometidos más de dos actores en el conflicto, entre ellos los padres de los menores, los médicos tratantes y, por supuesto, los menores afectados.

Caso del menor atacado por un perro

En la Sentencia T- 477 de 1995 la Corte Constitucional trata en caso de un niño campesino emasculado a los seis meses de nacido por el perro que cuidaba la casa donde habitaba, y que fue sometido a operación de readecuación de sexo femenino por recomendación médica para la época de 1987. El menor, no habiéndose adaptado a la identidad sexual femenina que le fue otorgada, pide la protección de sus derechos a la identidad personal y a la dignidad humana, solicitando la suspensión del tratamiento para su readecuación total femenina y que se reinvierta a un completo acoplamiento de su definición psicológica y física masculina con la que se siente plenamente identificado²³.

En efecto, ¿qué sucede cuando la persona no está en capacidad de manifestar su consentimiento informado por tratarse de un menor de edad? ¿Pueden en tales eventos decidir los padres por sus hijos, en función de los intereses de estos últimos?

Esta situación muestra que si bien la Constitución opta en principio por un tipo de Estado que es profundamente respetuoso de la dignidad y la autonomía individual, ello no significa que estén totalmente proscritas de nuestro ordenamiento jurídico las llamadas medidas paternalistas, entendiendo “paternalismo” en el sentido filosófico riguroso del término, esto es, como “la interferencia en la libertad de acción de una persona justificada por razones que se refieren exclusivamente al bienestar, al bien, a la felicidad, a las necesidades, a los intereses o a los valores de la persona coaccionada”²⁴.

En efecto, en casos determinados, es legítimo que los padres y el Estado puedan tomar ciertas medidas en favor de los menores, incluso contra la voluntad aparente de estos últimos, puesto que se considera que éstos aún no han adquirido la suficiente independencia de criterio para diseñar autónomamente su propio plan de vida y tener plena conciencia de sus intereses. Esto es lo que justifica instituciones como la patria potestad o la educación primaria obligatoria, pues si los menores no tienen capacidad jurídica para consentir, otros deben y pueden hacerlo en su nombre y para proteger sus intereses.

23 Ver, entre otras, las sentencias T-551/99, T-692/99, SU.337/99 y T-1025/02, que tratan también decisiones en el ámbito de derechos similares en cuestión.

24 Gerald Dwoekin. “El paternalismo”.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por ello, en principio los padres pueden tomar ciertas decisiones en relación con el tratamiento médico de sus hijos, incluso, a veces, contra la voluntad aparente de éstos. Sin embargo, ello no quiere decir que los padres puedan tomar, a nombre de su hijo, cualquier decisión médica relativa al menor, por cuanto el niño no es propiedad de sus padres sino que él ya es una libertad y una autonomía en desarrollo, que tiene entonces protección constitucional. Como dice Carlos Nino, “la autonomía de los padres no es la de los hijos”, por lo cual la patria potestad “debe estar dirigida a la formación en el grado máximo posible de la autonomía de los menores, pero no a que esa autonomía sea ejercida de una u otra manera”²⁵. ¿Cuáles son entonces los límites de decisión de los padres en relación con los tratamientos médicos de sus hijos menores de edad?

La Corte considera que precisamente estos límites derivan de una adecuada ponderación, frente al caso concreto, de los principios en conflicto, esto es, entre el principio de la autonomía, según el cual el paciente debe consentir al tratamiento para que éste sea constitucionalmente legítimo, y el principio paternalista, según el cual el Estado y los padres deben proteger los intereses del menor. Y para ello es necesario tomar en consideración múltiples factores, por lo cual es muy difícil, como esta Corte ya lo había indicado, establecer reglas generales simples y de fácil aplicación para todos los casos médicos²⁶. Con todo, la Corte considera que hay tres elementos centrales a ser considerados en situaciones de esta naturaleza, y que son:

- De un lado, la urgencia e importancia misma del tratamiento para los intereses del menor.
- De otro lado, la intensidad del impacto del tratamiento sobre la autonomía actual y futura del niño.

Así la doctrina ha establecido una distinción, que esta Corporación ha aceptado, entre intervenciones médicas ordinarias, que no afectan el curso cotidiano de la vida del paciente, e intervenciones extraordinarias, que se caracterizan porque es “notorio el carácter invasivo y agobiante del tratamiento médico en el ámbito de la autonomía personal”, de suerte que se afecta “de manera sustancial el principio de autodeterminación personal”²⁷. Esto incluye obviamente una ponderación de los posibles efectos irreversibles de ciertas intervenciones médicas, por cuanto los tratamientos que tienen tal carácter predeterminan, en muchos aspectos, la vida futura del menor.

- Y, finalmente, la edad misma del menor, puesto que no es igual la situación de un recién nacido y la de un adolescente que está a punto de llegar a la mayoría de edad.

25 Carlos Santiago Nino. “La autonomía constitucional” en Cuadernos y Debates. No 37. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1992, p 67.

26 Ver Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3

27 Sentencia T-401/94, fundamento jurídico 3.3



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En ese orden de ideas, un análisis combinado de esos criterios, nos permite identificar casos extremos. Así, hay tratamientos ordinarios, esto es de poco impacto para la autonomía del niño, y de evidentes beneficios médicos para el mismo. En estos eventos, es claro que los padres pueden decidir por el hijo. Así, ninguna objeción constitucional se podría hacer al padre que fuerza a un niño de pocos años a ser vacunado contra una grave enfermedad. En efecto, a pesar de la incomodidad relativa que le puede ocasionar al infante la vacuna, los beneficios de la misma para sus propios intereses son evidentes. Por ello es razonable concluir que no se vulnera la autonomía del niño, a pesar de que éste se oponga de momento a la vacuna, por cuanto es lícito suponer que en el futuro, al llegar a la edad adulta, el hijo reconocerá la corrección de la intervención paternal. Se respeta entonces la autonomía con base “en lo que podría denominarse consentimiento orientado hacia el futuro (un consentimiento sobre aquello que los hijos verán con beneplácito, no sobre aquello que ven en la actualidad con beneplácito)”²⁸.

En cambio, en la hipótesis contraria, no sería admisible constitucionalmente que un padre forzara a su hijo, que está a punto de cumplir la mayoría de edad, a someterse a una intervención médica que afecta profundamente su autonomía, y que no es urgente o necesaria en términos de salud, como una operación de cirugía plástica por mera razones estéticas. En efecto, en este caso el padre está usurpando la autonomía de su hijo y modelando su vida, pues le está imponiendo, de manera agobiante y permanente, unos criterios estéticos que el menor no comparte. En este caso, la medida deja de ser “paternalista” para convertirse en lo que la filosofía ética denomina “perfeccionismo”, esto es, en la imposición coactiva a los individuos de modelos de vida y de virtud contrarios a los que ellos profesan, lo cual obviamente contradice la autonomía, la dignidad y el libre desarrollo de la persona, fundamentos esenciales de nuestro ordenamiento jurídico (CP arts 1º, 5 y 16).

Como es obvio, entre estos extremos, encontramos múltiples situaciones intermedias que deben ser analizadas, en concreto, para determinar si los padres pueden tomar legítimamente decisiones médicas que afecten a sus hijos. Con base en tales elementos, entra entonces la Corte a analizar si los padres podían autorizar, en este caso concreto, la llamada readecuación de sexo de su hijo.

La respuesta categórica es: NO es posible la “readecuación de sexo” sin la autorización directa del paciente, por las siguientes razones:

Los niños no son propiedad de nadie: ni son propiedad de sus padres, ni son propiedad de la sociedad. Su vida y su libertad son de su exclusiva autonomía. Desde que la persona nace está en libertad y la imposibilidad física de ejercitar su libre albedrío no sacrifica aquélla. La tragedia del niño a quien

28 Gerald Dworkin. Op-cit, p 156.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

un perro o alguien le cercenó sus genitales externos acerca y no aleja la libertad y el consentimiento. La condición en la cual quedó el menor no destruye sino por el contrario hace más fuerte “la presencia en mí” (frase de Mounier) porque en el fondo de cada existencia hay un núcleo inaccesible para los demás y el sexo forma parte de ese núcleo o cualidad primaria o esencia. El sexo constituye un elemento inmodificable de la IDENTIDAD de determinada persona y sólo ella, con pleno conocimiento y debidamente informada puede consentir en una readecuación de sexo y aún de “género” (como dicen los médicos) porque el hombre no puede ser juguete de experimentos despersonalizados ni tampoco puede su identidad ser desfigurada para que el contorno dentro del cual vive se haga a la idea del “género” que unos médicos determinan con la disculpa de que era lo “menos malo”. En la identidad de las personas no cabe determinismo extraño. Si cupiera, habría que concluir que el infante que nació varón y a quien la decisión paternalista de un grupo médico lo ubica en la sociedad como mujer, tendría necesariamente que convertirse en un ser sumiso y cobarde frente a lo que otros decidieron y tendría que permanecer en el reposo que le señaló una conceptualidad científica extraña y ello desvirtuaría el libre desarrollo de la personalidad que en este aspecto sólo él puede señalarse y por consiguiente cualquier autorización escrita de los padres no es más que un simple juego de palabras. En conclusión, los padres no pueden permitir que se altere la IDENTIDAD (EN LO SEXUAL) DE SU HIJO. Y los médicos no podían basarse en esa autorización paterna para hacer el tratamiento.

En el mismo Derecho Romano donde los infantes eran “alieni juris” y era tan arraigado el concepto de PATRIA POTESTAD, se valoraba el consentimiento del infante para hacer su condición mejor (major infantia). Ante la situación en la cual se encuentra el menor N.N. sólo él, hoy como menor adulto, puede indicar si acepta o no una intervención quirúrgica que supere o mitigue el destino trágico en que fuerzas extrañas lo ubicaron. Ni los médicos, ni el juez, unilateralmente, pueden decidir que sea hombre o mujer, que tenga o no pene. Si el menor aspira a ser hombre por encima de las dificultades es libre para tomar en sus manos su propio devenir. Y sus padres no pueden ni podían autorizar que unos médicos, que en cierta forma se aprovecharon de la ignorancia de unos campesinos y de circunstancias que posibilitan un experimento, preferenciaran el sexo femenino (que no era el natural del niño) sobre la identidad propia del infante, afectada por una mutilación pero NO destruida en su totalidad; y tan es cierto esto que LA NATURALEZA DEL MENOR SE REBELÓ y por eso rechazó el tratamiento médico que se le daba y acudió ante el Estado mediante el mecanismo de la acción de tutela para que le amparara su identidad de hombre. No hubo, era culturalmente difícil que la hubiera, una visión lúcida de los padres para comprender que ellos no podían autorizar la renuncia a una identidad sexual de su hijo. Y al hacerlo propiciaron ese optimismo trágico de los médicos que significó en últimas la violación a la dignidad y a la dimensión ética del hombre.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Salta a la vista el desconocimiento de la libertad del paciente y aún de sus padres en este y otros temas que es necesario ver frente al ordenamiento constitucional integrado con la citada ley 23 de 1981, para concluir que el fallo que se revisa debe ser sustancialmente cambiado.

Veamos ahora la relación de definición mutua entre los derechos de identidad personal, libre desarrollo de la personalidad y dignidad humana:

El derecho a la identidad, como manifestación del derecho a la dignidad inherente a toda persona humana y que cobra su mayor relevancia en el caso concreto, toda vez que el derecho vulnerado hace parte también de derechos garantizados por los pactos internacionales, desde antes de la Constitución de 1991.

Son derechos fundamentales “que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes, y que lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por ésta consagrados y garantizados”²⁹.

La significación del derecho a la identidad, contiene una idea de persona como portadora de derechos subjetivos, la cual y en virtud de elementos inherentes a su naturaleza, requiere su eficaz protección. De otra parte se establece que: “La condición de persona es la calidad que distingue al hombre de todos los demás seres vivos”. Tal significado, comporta la concepción de persona en un sentido amplio, dirigido al ámbito que resalte la dignidad de la persona humana. Son todos estos derechos asignados a la persona humana, algo propio en razón de su naturaleza.

El derecho a la identidad, en su estrecha relación con la autonomía, identifica a la persona como un ser que se autodetermina, se autoposee, se autogobierna, es decir es dueña de sí y de sus actos. Solo es libre quien puede autodeterminarse en torno al bien porque tiene la capacidad de entrar en sí mismo, de ser consciente en grado sumo de su anterioridad, de sentirse en su propia intimidad³⁰. La persona humana es dueña de sí misma y de su entorno.

El derecho a la identidad personal es un derecho de significación amplia, que engloba otros derechos. El derecho a la identidad supone un conjunto de atributos, de calidades, tanto de carácter biológico, como los referidos a la personalidad que permiten precisamente la individualización de un sujeto en sociedad. Atributos que facilitan decir que cada uno es el que es y no otro.

29 Ver Trujol y Serra Antonio, Los Derechos Humanos. Editorial Tecnos, 1984, pág 11.

30 Ver, Ilva Myriam Hoyos, El Concepto de persona y los derechos humanos. Universidad de la Sabana, 1991, Pág 128.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

El derecho a la identidad, en cuanto determina al ser como una individualidad, comporta un significado de dignidad humana y en esa medida es un derecho a la Libertad; tal reconocimiento permite la posibilidad de desarrollar su vida, de obtener su realización, es decir, el libre desarrollo de su personalidad.

Son todos estos "Derechos naturales o propios de la persona humana, que revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, con la inherencia a la naturaleza humana".³¹

Otro punto a tener en cuenta es el interés jurídico superior del menor:

El interés jurídico del menor se manifiesta como aquella utilidad jurídica que es otorgada a un menor con el fin de darle un tratamiento preferencial, su naturaleza jurídica está integrada por elementos que de manera alguna pueden desconocerse. Estos elementos constituyen un concepto de aplicación superior que establece elementos de coercibilidad y obligatoriedad de estricto cumplimiento o acatamiento por todos.

El interés superior del menor, en cuanto otorga un tratamiento especial de obligatorio acatamiento por todos, comporta una naturaleza que la lleva a ser determinada "Como una instrumentación jurídica con bases científicas y, por lo tanto flexible y adaptable a su desarrollo, así como idónea para la organización de un tratamiento digno y protector del menor. Lo que a su vez, permite distinguirla de la tradicional naturaleza jurídica formal de la institución del menor, la cual por lo tanto generaba desajustes con la realidad y, por consiguiente retroceso y perjuicio a los menores de edad, y consecuentemente a los mayores de edad del mañana"³².

Es así como el respeto al derecho a la identidad, en cuanto forma parte de ese interés jurídico superior, determina lo que es el actual y posterior desarrollo de la personalidad. En efecto, el derecho a la identidad como manifestación de la dignidad humana es siempre objeto de ese interés jurídico del menor, y en virtud de tal tratamiento" resulta explicable que respecto de los menores de edad siempre exista una relación entre el interés jurídico superior de éstos y/o los intereses jurídicos de otros (que pueden ser los padres o los extraños, la sociedad en general o el Estado, evento en el cual aquél será superior). Es decir ese interés jurídico del menor es siempre superior, porque al estar vinculado con otros intereses, se impone el predominio de aquél."³³

31 Ver, Bidart Campos, German J. Teoría General de los derechos humanos. Editorial Astrea, 1991 Pág 4.

32 Laffont Pianetta Pedro. Compilación legislativa, Doctrinaria y de jurisprudencia relacionada con el menor, 1994.

33 Ibidem, Pág 25.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Por consiguiente, al defenderse la individualidad del menor, o en otros términos, su identidad, como un interés jurídico superior, es necesario afirmar que cualquier intromisión efectuada sin su consentimiento, constituyó una vulneración de sus derechos fundamentales. Pues la superioridad que contiene la naturaleza de este derecho fue precisamente establecida en favor del desarrollo de su personalidad y protección a su dignidad como ser humano.

Otro aspecto sobre el que es indispensable hacer claridad, es que si bien el menor en virtud de su condición estaba sometido a la patria potestad de sus padres, y aún a la de los intereses del propio Estado, no podía condicionarse tal situación, como un menoscabo de su derecho a la identidad, en cuanto éste es un interés jurídico superior ampliamente protegido frente a los intereses de aquellos.

El derecho a la identidad y su fundamento la dignidad humana:

El derecho a la identidad, y más específicamente a la identidad sexual, presupone la existencia de un derecho constitucional a la Dignidad. Este derecho “Opera aún cuando caduquen los demás derechos personales emergentes de la Constitución”.³⁴ El derecho a la dignidad, se constituye a su vez en fuente de otros derechos. Razón por la cual, toda violación al derecho a la identidad, es a su vez una vulneración al derecho a la Dignidad Humana.

Es bajo tal presupuesto que lo consagrado en el preámbulo de la Carta de Naciones Unidas y la Declaración Universal de los Derechos Humanos establece la idea de que los derechos humanos fundamentales tienen su raíz en la dignidad y el valor de la persona humana (arts 1º y 5º), inherentes a su naturaleza.

Como se ve, en el derecho a la identidad la persona es un ser autónomo, con autoridad propia, orientado a fines específicos, que ejerce un claro dominio de su libertad y en consecuencia ninguna decisión tomada sin su consentimiento se torna válida. Tal autonomía, implica a la persona como dueña de su propio ser. La persona por su misma plenitud, es dueña de sí, es el sujeto autónomo y libre. En otros términos, el distintivo de ser persona y el fundamento de la dignidad de la persona es el dominio de lo que quiere ser.

Este criterio, nos conduce a señalar cómo la estrecha relación presente entre el derecho a la identidad y el interés autónomo, es garantizado constitucionalmente con una protección distinta y superior a los demás en cuanto al derecho de los niños se refiere y consagrado de manera expresa en la Constitución de 1991.

34 OP Bidart Campos.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

La dignidad humana supone unos valores básicos, en donde se reconoce que “En el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, cualquiera sea el ordenamiento jurídico, político, económico y social, y cualquiera que sean los valores prevalentes en la colectividad histórica”. En tal sentido también afirma Peces Barba “Se trata del derecho a ser considerado, como persona, es decir, como ser de eminente dignidad.”³⁵

La dignidad, base del derecho a la identidad, le otorga entonces su verdadero sentido, por cuanto establece sus contenidos y alcances lo cual implica una comprensión amplia de su naturaleza.

Como se había anunciado, uno de los factores de complejidad del caso es la presencia de distintos actores con intereses y obligaciones a veces contrapuestos. Por ello, resulta pertinente estudiar las distintas órdenes que la Corte libró, dependiendo de su responsabilidad en la vulneración a los derechos del menor:

Hay que distinguir dentro de la decisión que se tomará, en primer lugar, el alcance y fundamento de la orden que se le dará al I.C.B.F. y en segundo lugar, la proyección de la orden hacia el Notario que cumplió lo determinado en el proceso de jurisdicción voluntaria. Y en cuanto a las personas naturales y jurídicas contra quienes también se orientó la tutela (médico, padres del menor, hospital) habrá una orden de abstención, ya decidida provisionalmente en auto de 29 de agosto de 1995, y esto se ratificará en la presente sentencia, convirtiéndose en definitiva la orden de que NO se continúe el tratamiento de readecuar el sexo hacia lo femenino porque esto no ha sido consentido por N.N., todo lo contrario, él insiste en su derecho a una entidad masculina, y, obviamente no permanecerá el menor bajo control de los médicos del hospital San Vicente de Paúl y de sus padres, aunque respecto de éstos, no perderán la patria potestad, se mantendrán las relaciones familiares, pero como lo primordial es el tratamiento integral que debe dársele a N.N. y ello es imposible lograrlo en el ambiente donde los padres están, hay que buscar otros horizontes porque los derechos del menor están por encima de los derechos de los demás.

Caso de oposición a transfusiones de sangre

Otro campo en que se presentan controversias entre derechos es el de la oposición por motivos religiosos a tratamientos que conlleven transfusiones de sangre. En menores de edad, ellos han culminado con la protección del derecho a la vida, a diferencia de lo que acontece en mayores de edad.

35 Ibidem, pág. 73.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

En la T-474 de 1996 se trata el caso de la oposición de un menor de edad, con diagnóstico de cáncer de rodilla, a cualquier tratamiento que implique transfusión de sangre, pues tal tratamiento está prohibido por la religión que profesa.

En el Estado Social de Derecho, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad.

Si bien el menor adulto goza de una capacidad relativa, ésta no es suficiente para optar por una alternativa que pone en serio peligro su vida, pues aún no puede presumirse que ella sea el producto de su propia y autónoma reflexión, guiada únicamente por su razón y entendimiento, motivo por el cual las decisiones que tengan que ver con su salud, que comprometan su vida, deben ser compartidas con sus padres o representantes quienes tienen el derecho y el deber de participar en ellas. La institución de salud responsable de la atención médica del menor, debió cumplir con sus obligaciones dando prelación a la defensa y protección del derecho a la vida del paciente, para lo cual, ante la negativa del joven de recibir un tratamiento que se le recomendó como urgente y necesario dada la gravedad de su estado, debió consultar y contar con la opinión de por lo menos uno de sus padres, y dado el conflicto de posiciones entre uno y otro acoger y aplicar aquella que le garantizara al menor el acceso inmediato a todos los tratamientos y recursos científicos disponibles para salvar su vida, con mayor razón cuando el organismo especializado al que consultó, se había pronunciado señalando que se acogiera la decisión del padre.

El menor adulto que decidió por voluntad propia acoger una determinada religión y cumplir con los preceptos que ella le impone, tiene derecho a cumplir las obligaciones de carácter moral que asumió; ahora bien, si tales preceptos interfieren decisiones sobre su salud e integridad física, afectando incluso sus expectativas de vida, tendrá derecho, no a decidir por sí solo, sino a participar en las decisiones que tengan que ver con su salud y con los tratamientos médicos que se le recomiendan, expresando libremente su opinión, dado que es un asunto que lo afecta directamente, opinión que deberá ser tenida en cuenta y valorada de manera tal que se le garantice la coexistencia y realización plena de sus derechos fundamentales. Dada su condición de menor de edad, en caso de contradicción entre las decisiones que el menor pretenda adoptar en desarrollo de su derecho a la libertad religiosa y las que



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

emanen de sus padres, dirigidas a salvaguardar su derecho fundamental a la vida, prevalecerán las segundas, de cuya realización efectiva será responsable el Estado.

La capacidad relativa que se le reconoce al menor adulto debe ser complementada y perfeccionada, hasta hacerse plena, con el ejercicio por parte de los padres o representantes del derecho-deber que a ellos se les reconoce, de guiar y orientar a sus hijos o representados en el ejercicio de sus derechos, “de modo conforme a la evolución de sus facultades”. Se trata de lo que podría denominarse una capacidad compartida, pues no se puede simplemente desconocer de plano las opiniones del menor adulto, adoptando decisiones que tendrían que imponerse por la fuerza, a lo mejor transgrediendo otros derechos del mismo; si se presenta contradicción entre las decisiones que tome el menor, que pongan en peligro su derecho fundamental a la vida, y las decisiones de sus padres para preservarla, le corresponde al Estado, garantizar la primacía del derecho fundamental a la vida del menor.

Derecho a la vida del menor adulto. Prevalencia del consentimiento del padre.

Cuando se trata de intervenciones o tratamientos urgentes y necesarios dirigidos a preservar la vida del menor próximo a cumplir la mayoría de edad, ante la gravedad “extrema” de su estado de salud, imponer la decisión del padre, aún en contra de la voluntad del hijo menor, en el sentido de autorizar que la ciencia recurra y aplique los procedimientos que estén a su alcance para salvarle la vida, no implica usurpar o interferir su autonomía, sino viabilizar una posibilidad de carácter científico que contribuya a preservar su vida, deber y derecho del padre y obligación del Estado.

En la Sentencia T- 411 de 1994, la situación es un tanto al revés: los padres de una menor de 10 meses de nacida se oponen a que ésta reciba una transfusión, por sus convicciones religiosas. Nuevamente, en la Corte opera la primacía del derecho a la salud y a la vida.

Afirma el ciudadano Juan Manuel Robledo, quien se desempeña como médico de la comunidad de Pueblo Nuevo (Cauca), que el día 28 de abril de 1994 acudió a su consultorio la señora María Elvira Chocué, con el fin de que examinara a su hija Floralba, de diez meses de edad. Tras el correspondiente examen médico, afirma el peticionario que le diagnosticó a la menor una bronconeumonía lobar, desnutrición y deshidratación, razón por la cual advirtió a la señora Chocué que su hija debía ser hospitalizada inmediatamente, debido a que su crítico estado de salud estaba poniendo en peligro su vida.

Según afirma el agente oficioso de la menor, la señora Chocué, tras consultar el caso con su marido, “manda decir que son evangélicos y que su culto religioso no le deja llevar el niño (sic) al hospital, razón por la cual fue imposible transportar a la menor, para brindarle la atención que se merece”.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Este caso no debe examinarse tan sólo desde la perspectiva del derecho a la libertad religiosa de los padres, sino también, y de manera especial, desde el punto de vista de los derechos inalienables de la menor. La Constitución Política es tajante al señalar que “los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Art. 44 C.P.); la razón esencial de tal prevalencia, no es otra que la situación de indefensión en que se encuentra colocado el infante frente al resto del conglomerado social, y por ende, la mayor protección que a él deben brindarle tanto el Estado como la sociedad. Para la Sala es claro, entonces, que los derechos fundamentales a la vida y a la salud de la niña, en el caso bajo examen, prevalecen sin condición alguna, sobre el derecho a la libertad religiosa de sus padres. Estos no tienen título jurídico para decidir sobre bienes tan primordiales como la vida y la salud de quien, según el ordenamiento jurídico, es persona, es decir, dueña de sí misma, y no objeto de la propiedad de otros. Una de las bases de la civilización consiste en no someter a los más débiles, sino, por el contrario, promoverlos y defenderlos reconociendo su dignidad personal, y el trato preferencial, que deben dárseles en virtud de la proporcionalidad, esencia de la justicia distributiva, que consiste en dar a cada cuál según sus necesidades. Esto no significa que se rompa el principio de igualdad, sino todo lo contrario: es lo justo como proporción, o sea, una equivalencia proporcional que suple las deficiencias de quien incondicionalmente es sujeto de derechos y no objeto de la elección de sus progenitores. La debilidad de un infante no es negación del derecho, sino afirmación de su necesidad y fundamento del merecimiento de una actitud preferencial hacia él.

La Sala estima conveniente aclarar que si bien es cierto los padres tienen el derecho de escoger el tipo de formación de sus hijos menores, ello no implica potestad sobre el estatuto ontológico de la persona del menor. Éste está bajo el cuidado de los padres, pero no bajo el dominio absoluto de éstos. La formación religiosa, por lo demás, no puede ser sinónimo de imposición, entre otras razones, porque los niños tienen derecho a expresar libremente sus opiniones.

Sobre el concepto de moral religiosa y la resolución del conflicto con el derecho a la vida de una menor.

La moral religiosa no es una imposición, sino una vocación, que es diferente. A la vocación responde libremente la persona, y sólo ella, y no sus padres, podrá actuar de conformidad con la directriz de conducta que señala un credo religioso. Orientar y no obligar es la tarea de los padres en materia de fe religiosa. Lo contrario es un despropósito que conduce al oscurantismo y al sometimiento, aspectos que riñen con la filosofía de la Carta Política. No hay que olvidar que la fe religiosa está protegida bajo el entendido de que no implica actos de extrema irracionalidad, porque la fe está al servicio de la vida. Jurídicamente hablando no puede legitimarse el sacrificar a otro, pues el mal, por acción u omisión, nunca puede ser objeto jurídico protegido.



LECTURAS COMPLEMENTARIAS

Aquí el punto de la irrenunciabilidad al derecho a la salud como resultado de exigencia religiosa:

El derecho a la salud es irrenunciable, y por tanto carecen de fundamento legal pretensiones tales como las que constan en el expediente, relativas a la presión de ciertos grupos religiosos sobre sus miembros para no recibir los tratos mínimos razonables que la salud y derecho a la vida exigen, como bienes irrenunciables e inalienables por ser inherentes a la naturaleza humana.

Finalmente, en los casos en que la oposición a la transfusión provenga de un paciente mayor de edad, la situación cambia. La Sentencia T - 659 de 2002 estudió este evento, en el que a la postre la paciente murió.

Se interpuso la solicitud de tutela con el fin de lograr que a la señora María Eva Agudelo Hurtado se le realizara una transfusión de sangre que, según lo manifestó su esposo, requería para tratar de salvarle la vida, habida cuenta que en razón del culto religioso que aquella profesaba, se negaba a que se le realizara tal procedimiento.

En el presente caso, la decisión de no permitir que se le hiciera transfusión de sangre alguna, provino de una mujer mayor de edad y plenamente capaz, y, sobre esa base, reitera esta Sala de Revisión el criterio expuesto por la Corte en la Sentencia T-474 de 1996 en cita, según el cual, en el Estado Social de Derecho, que reivindica al hombre como individuo libre y autónomo, incurso en continuo proceso evolutivo, epicentro de la organización política, fin y no medio de las acciones del Estado, el consentimiento del paciente se erige como manifestación expresa del principio constitucional que reconoce en él un ser razonable, dotado de entendimiento que posibilita la realización de su libertad, pues es su "razón" la única que puede válidamente determinar, previa información sobre las características y posibles consecuencias de un determinado tratamiento médico, si lo acepta o no, decisión que será legítima y constitucional siempre que provenga de un individuo plenamente capaz y que con ella éste no incumpla con la obligación que tiene de brindarse a sí mismo el cuidado integral que su persona requiera, o con el deber de no infringir con sus decisiones daño a terceros o a la colectividad. Habilitar al médico para imponerle su criterio al paciente, sería tanto como despojar al individuo de su autonomía, trasladándola a otro en razón de su calificación profesional, lo que es inadmisibles en la concepción de hombre que subyace en este tipo de organización política.

La señora Agudelo Hurtado era titular de los derechos fundamentales a la libertad de conciencia, al libre desarrollo de la personalidad y a la libertad de cultos y, según la fe que profesaba, debía rehusarse a que se le practicaran transfusiones de sangre, de modo que, siendo plenamente capaz, no era dable que a través de una orden impartida por el juez constitucional de tutela se contrariara su voluntad, manifestada por demás en forma consciente y reiterada y habiendo optado por la opción de que se le aplicara un tratamiento médico alternativo que a su juicio no contrariaba su fe.